

 <p>Año 1. Volumen 2.</p>	<p>La Rioja (Argentina) 2011. Alejandra Nader: "Delitos contra la integridad sexual" pp. 177-193 Recibido:22/09/2011 Aceptado:10/10/2011</p> <p>ISSN 1853-6239</p>
--	---

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL:
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ESCALA PENAL
PREVISTA EN EL PÁRRAFO CUARTO DEL ART.
119 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.
PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA
PENA.
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.**

Ab. Alejandra Andrea Nader

Abogada, Especialista en Derecho Penal
de la Universidad de Salamanca-España.

Palabras Clave:

Delitos contra la integridad sexual;
art. 119; inconstitucionalidad,
principios de proporcionalidad y
razonabilidad de la pena;

Key Words:

crimes against sexual integrity; 119
Art.s; unconstitutionality, principles of
proportionality and reasoning of the
pain; jurisprudence.

Resumen

La cuestión a tratar se centra en la escala penal prevista en el cuarto párrafo del artículo 119 del Código Penal y su inconstitucionalidad en razón de vulnerar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto asigna una misma pena, por mediar determinadas circunstancias agravantes, a dos hechos que anteriormente fueron valorados como distintos. El legislador estimó que las conductas de los párrafos segundo y tercero del mismo artículo (sometimiento sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal) obedecían a diferentes magnitudes de afectación del bien jurídico protegido, lo cual se tradujo en la asignación de distintas penas. Tal valoración fue soslayada en el cuarto párrafo (agravante de los dos párrafos anteriores) al imponer igual castigo a ambas

conductas. El tema es analizado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en un fallo que declara la inconstitucionalidad de la escala penal en conflicto, el cual reseñaremos.

Abstract

The question to be addressed focuses on the criminal scale under the fourth paragraph of Article 119 of the Criminal Code unconstitutional on the grounds of violating the principles of proportionality and reasonableness, since it assigns the same penalty, to mediate certain aggravating circumstances, two facts that were previously rated as different. The legislature found that the behavior of second and third paragraphs of that article (sexual subjugation and abuse seriously outrageous sexual intercourse) were due to different amounts of protected legal involvement, which resulted in the assignment of different punishments. This point was ignored in the fourth paragraph (aggravation of the two above) by imposing the same punishment to both behaviors. The issue is analyzed by the Tribunal Superior de Justicia de Córdoba in a ruling that declared unconstitutional the criminal scale conflict, which will outline.

1. Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto referirnos a la incongruencia plasmada por el legislador en el cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, relativa a la escala penal que propone para la agravante de las figuras de los párrafos segundo y tercero con relación a las escalas penales previstas para ellas.

A partir de la reforma introducida por la ley nro. 25087/99 a esta norma, dicha situación ha sido advertida por un sector de la doctrina, no obstante lo cual, el veintiuno de abril de dos mil diez el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha declarado inconstitucional la escala penal contenida en el cuarto párrafo.

A continuación realizaremos una exposición ordenada comenzando con un breve repaso, con fundamentación doctrinaria y jurisprudencial, de las figuras contenidas en los tres primeros párrafos. Esta revisión tiene por objeto resaltar las

especiales características de cada figura que las diferencian entre sí, fundamentalmente en cuanto han sido consideradas por el legislador como hechos de distinta gravedad asignándoles diferentes penas según la dimensión de la ofensa ocasionada al bien jurídico protegido (párrafos primero, segundo y tercero).

Llegando al cuarto párrafo, advertiremos que se impone una misma escala penal, con motivo de mediar determinadas circunstancias agravantes, a dos hechos que anteriormente (segundo y tercer párrafo) habían sido valorados en su gravedad como distintos y por cuanto sus escalas penales son diferentes.

Este es el caso que se planteó ante el Tribunal Máximo de nuestra provincia, cuya resolución y argumentos reseñaremos hacia el final de la exposición.

1. Los Tipos Penales del art. 119 del Código Penal

2.a. Figura Básica del Abuso Sexual.

Haciendo una sucinta revisión de este tipo básico, diremos que se reprime con pena de *reclusión o prisión de seis meses a cuatro años* el abuso sexual de persona, de uno u otro sexo, cuando a) fuere menor de trece años o, b) cuando mediar violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechamiento de que por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Abusar sexualmente de otro es la conducta típica, y por ella se entiende todo acto de significado objetivo impúdico en el cual se emplea el cuerpo de otro, siempre que éste sea menor de trece años de edad o mayor de esa edad pero quien no pudo consentir el acto libremente por alguna razón.

Acto objetivamente impúdico hace referencia a que no es necesario que el acto violatorio del pudor individual sea subjetivamente impúdico para el autor, es decir, que este haya actuado motivado por impulsos sexuales. Así, constituye abuso sexual el obrar movido por venganza, humillación, broma, etc.

Estos actos son tanto tocamientos o contactos corporales del autor con la víctima, o de esta con un tercero obligada por el autor, como contactos de objetos con ciertas partes del cuerpo que tengan connotación sexual. No bastan ni la palabra, ni los actos a distancia, ni la simple contemplación, como así tampoco llegan a comprender el acceso carnal.

2.b. Agravante por Sometimiento Sexual Gravemente Ultrajante.

Seguidamente, en el segundo párrafo, la disposición legal establece como pena la *reclusión o prisión de cuatro a diez años* cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena se eleva considerablemente, pues la escala prevista en el primer párrafo es de uno a cuatro años mientras que la escala aquí es de cuatro a diez años. Al respecto Gustavo AROCENA expresa *"innegablemente, la razón política del mayor castigo finca aquí en el mayor desprecio para la integridad sexual, moral y personal del sujeto pasivo que significa, por sus particulares características, la conducta del agente"*⁷⁶.

La acción típica no se diferencia de la del abuso sexual básico, son actos objetivamente impúdicos realizados bajo alguna de las circunstancias previstas en aquél.

Dos son las modalidades con las que puede configurarse este abuso sexual agravado: la duración del mismo o las circunstancias de su realización.

En relación a la primera de ellas, la duración, diremos que se trata de la prolongación en el tiempo. Es aquél abuso que se perpetra en un acto cuya duración es mayor a la de la figura simple, o bien aquella conducta abusiva que es reiterada en el tiempo.

Con respecto a la segunda, las circunstancias de su realización, quedan comprendidas por su intensidad vejatoria la introducción de dedos, lengua u objetos, la *fellatio in ore* –cuando no se la admita como acceso carnal-, el abuso en lugar público, eyaculación sobre el rostro de la víctima, obligar a realizar actos de bestialidad o zoofilia.

Así, el excesivo tiempo o las circunstancias en que se lleva a cabo el abuso representan un ultraje (degradación, desprecio, menoscabo de la persona) "extra" al que supone la figura básica.

⁷⁶ AROCENA, Gustavo A., "Acerca de la Nueva Regulación de los 'Delitos Sexuales' (Ley Nacional 25087)", Semanario Jurídico Fallos y Doctrina Nº 1256, del 2/9/1999, año XXIII, Córdoba, p. 264.

Enrique GAVIER expresa *"la diferenciación fue acertadamente introducida por el legislador porque es indudable que hechos de tanta gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos en un colectivo repleto de pasajeros... La razón determinante de la mayor criminalidad del hecho, reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización, son gravemente ultrajantes... Por su duración (...) implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima. Por las circunstancias de su realización, la ley alude a situaciones en que los actos en sí mismos, son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio para la víctima"*⁷⁷.

2. c. Agravante por Acceso Carnal.

El párrafo tercero prescribe la pena de *reclusión o prisión de seis a quince años* cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

Es el anterior delito de violación y su configuración exige que tuviere lugar bajo alguna de las circunstancias previstas en el abuso sexual simple.

La ley dice cuando "hubiere acceso carnal", la expresión se refiere a la existencia de penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona. No se requiere que la misma sea completa, ni que haya eyaculación.

El sujeto activo puede ser varón o mujer por cuanto la literalidad de la norma exige que haya acceso carnal y no que el sujeto acceda carnalmente a la víctima. Así, el autor puede asumir un rol activo o pasivo, caso este último de aquél que se hiciere penetrar por la víctima. En este punto las interpretaciones no son coincidentes, en contra podemos mencionar a DONNA quien afirma que mientras el legislador hable de "acceso carnal" el sujeto activo será sólo el varón, pues es el único que cuenta con un órgano capaz de penetrar⁷⁸.

⁷⁷ GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la Integridad Sexual. Análisis de la Ley 25087. Antecedentes Parlamentarios*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 29.

⁷⁸ DONNA, Edgardo Alberto en *Delitos contra la Integridad Sexual*, Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 67.

El sujeto pasivo también puede ser varón o mujer, como en el tipo básico.

La penetración debe llevarse a cabo por cualquier vía según prescribe la disposición legal. No obstante ello, la doctrina ha polemizado sobre la inclusión de la boca como vía de acceso carnal -no así respecto del ano que si bien es una vía *contra natura* para el coito ya es aceptada tradicionalmente como vía de penetración. Más allá de la naturaleza de la boca como órgano apto para la penetración por sus características particulares distintas a las de la vagina y el recto, se ha manifestado que surge con claridad tanto de la amplitud de la expresión utilizada por la norma como de los debates parlamentarios, la intención del legislador de abarcar la *fellatio in ore* equiparándola a la penetración vaginal y anal, y que sería absurdo no hacerlo ya que ese fue el propósito perseguido por la reforma⁷⁹. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha admitido tal equiparación (Sala Penal, "Lazo", sent. N° 88, 11/10/2002, Foro de Córdoba, Año XIII-N°79-2002, pp. 146-152) como también lo hizo la Corte Suprema de la Nación y otros tantos tribunales del país, al igual que en la doctrina lo hicieron REINALDI, AROCENA, FONTÁN BALESTRA. Se expresaron en contra NÚÑEZ, GAVIER, DONNA⁸⁰.

Como observamos, en este abuso agravado hay un mayor vejamen no sólo a la integridad sexual de la víctima sino también a su dignidad en relación al abuso agravado del segundo párrafo. El abuso sexual con acceso carnal contiene un "plus" de vejamen con respecto al abuso gravemente ultrajante. Así lo ha considerado el legislador cuando fijó escalas penales distintas a ambos hechos por entenderlos obviamente diferentes, ya que la situación planteada en el tercer párrafo representa una mayor ofensa y menoscabo a la persona.

⁷⁹ REINALDI, Víctor F., *Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087*, segunda edición actualizada, Marcos Lerner editora, Córdoba, 2005, p. 103.

⁸⁰ REINALDI, *idem*; AROCENA, op. cit., p. 264; FONTÁN BALESTRA, Carlos y NÚÑEZ, Ricardo C. citados por REINALDI, *ibidem*, p. 97; GAVIER, op. cit., p. 31; DONNA, op. cit., p. 66.

**2. d. Agravante del Abuso Sexual con
Sometimiento Gravemente Ultrajante y del Abuso
Sexual con Acceso Carnal en razón del parentesco.
Problemática de la escala penal prevista.**

El párrafo cuarto consagra varias circunstancias que aumentan la criminalidad del hecho puesto que de darse, agravan las dos modalidades agravadas del abuso sexual básico –es decir, las previstas en los párrafos segundo y tercero– estableciendo la pena la *reclusión o prisión de ocho a veinte años*, siempre que:

- a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima,
- b) el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia,
- c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio,
- d) el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas,
- e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones,
- f) el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En atención al examen planteado en el presente, nos referiremos únicamente a la agravante por el vínculo sanguíneo preexistente entre autor y víctima.

El motivo de esta agravante descansa, según algunos doctrinarios como CREUS, SOLER y URE, en el carácter incestuoso de la relación⁸¹, postura aceptada también por varios países –Méjico, Cuba, Chile. Para NÚÑEZ se funda en la "*infracción de la obligación de resguardo sexual de la víctima proveniente del vínculo parental*"⁸². Por su parte, DONNA dice que es la violación de un específico deber de guarda lo que sustenta esta causal⁸³. Como vemos, la doctrina no es unánime, así como tampoco los tribunales que han receptado los distintos criterios.

⁸¹ CREUS, SOLER y URE citados por DONNA, op. cit., p. 90.

⁸² NÚÑEZ citado por DONNA, *idem*. En igual sentido GAVIER, op. cit., p. 48.

⁸³ DONNA, *idem*.

Entrando concretamente al tema que nos convoca, vinculado a la escala penal prevista para el caso en análisis apunta DONNA: *"Nótese el absurdo que se prevé la misma pena para conductas que en su figura básica están sometidas a penas diferentes"*⁸⁴. El autor hace referencia a que la norma dispuso para el abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante una pena de reclusión o prisión de *cuatro a diez años*, mientras que la misma se eleva si el abuso sexual es con acceso carnal, siendo de *seis a quince años*, por entender que en este último caso la conducta del victimario implica un mayor ultraje a la víctima. Sin embargo, y en oportunidad de agravar ambos abusos en el párrafo cuarto equiparó la pena para las dos figuras elevándola hasta *ocho a veinte años*, es decir, no siguió el mismo criterio de diferenciación por el cual aumentó la pena del abuso con acceso carnal en relación al abuso con sometimiento gravemente ultrajante, para los que están previstas distintas escalas penales.

También advirtió esto GAVIER, quien señaló: *"En el tipo agravado, se observa que la ley somete a la misma pena conductas que en su forma simple están sometidas a penas diferentes. Ello puede ser contabilizado como un error de la ley, sin embargo, los abusos sexuales gravemente ultrajantes para la víctima por su duración o por las circunstancias de su consumación, son hechos que por sus características pueden ser aún de mayor entidad ultrajante que los del tercer párrafo y que en el código español de 1995, que sirviera de modelo a nuestro legislador, están equiparados en su pena (arts. 179 y 181 C.P.E.). Además, en las figuras de la promoción y la facilitación de la corrupción y de la prostitución de menores de 18 años y de 13 años (arts. 125 y 125 bis), al igual que en el tipo sustituido, a pesar de que en ambas edades se aplican escalas diferentes, en el tipo agravado del 2º párrafo de esas disposiciones se establece una escala única y otro tanto ocurría en el texto derogado, por lo que podría pensarse que no es errónea la decisión legislativa. Sin embargo, partiendo de la base de que nuestra ley ha distinguido estas conductas tanto en el precepto como en la sanción, hubiera sido preferible mantener la diferencia de pena en el tipo agravado, máxime cuando la diferencia en el monto de la pena es sustancial"*⁸⁵.

⁸⁴ DONNA, *ibidem*, p. 85.

⁸⁵ GAVIER, *op. cit.*, 45.

2. Planteo de Inconstitucionalidad de la Escala Penal prevista por el párrafo cuarto inciso b en función del párrafo segundo del art. 119 del Código Penal. Caso Jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Seguidamente analizaremos el fallo dictado el veintiuno de abril de dos mil diez por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁸⁶ *in re* "ESPÍNDOLA, Carlos Francisco p.s.a. abuso sexual calificado, etc. -Recurso de Casación", Sentencia Número Cien.

Mediante Sentencia Número Dieciocho del veintidós de junio de dos mil siete, la Cámara Sexta en lo Criminal de la ciudad de Córdoba declaró a Espíndola autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante -por su duración- calificado -en razón del vínculo de paternidad-, en virtud del art. 119 segundo párrafo en función del cuarto párrafo inc. b del Código Penal, e imponerle la pena de ocho años de prisión.

3.a. Postulación de la defensa.

En el caso la defensa se alzó contra el decisorio argumentando que el mismo se fundó en una norma legal que contiene un mínimo en su escala penal que violenta los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad (arts. 1, 16 y 33 de la Constitución Nacional Argentina).

Entendió que mediante la ley 25087 modificatoria del título y los contenidos de los delitos contra la integridad sexual, el legislador ha deslizado una manifiesta, clara e indudable contradicción en la norma cuestionada que repugna a las cláusulas constitucionales.

Señaló que el legislador ha distinguido claramente en el art. 119 tres diferentes modalidades comisivas a las que les impuso distintas escalas penales atendiendo a su gravedad y a la afectación del bien jurídico.

Expuso que las agravantes de los párrafos segundo y tercero se califican aún más y en la misma proporción cuando median las circunstancias del párrafo cuarto, ascendiendo la pena a de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión.

⁸⁶ Conformado por los Sres. Vocales Dres. María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, Domingo J. Sesín, Luis Enrique Rubio, Armando Segundo Andruet (h) y Carlos Francisco García Allocco.

Manifestó que dado este marco legal, las figuras del segundo y tercer párrafo han sido diferenciadas por el legislador en orden a su gravedad, lo cual repercutió en ambas escalas penales, siendo que tal diferencia se pierde en el cuarto párrafo.

Indicó que la diferencia entre las escalas penales del segundo y del tercer párrafo es de un tercio en el mínimo pasando de cuatro a seis años, y otro tanto en el máximo pasando de diez a quince años. No obstante ello, y cuando concurren las circunstancias del cuarto párrafo, la diferencia desaparece, persistiendo la misma escala penal para el caso del padre que abusa de su hijo de manera gravemente ultrajante y para aquél que lo accede carnalmente, lo cual tilda de absurdo por cuanto priva al sistema del art. 119 de coherencia interna, la que necesariamente debe existir.

Explicó que dos agravantes que el legislador consideró de distinta gravedad y, por tanto, merecedoras de escalas penales distintas (segundo y tercer párrafo), ante la concurrencia de una idéntica circunstancia agravante (cometido por un ascendiente) quedan sometidas a la misma escala penal, situación que conduce a una pena desproporcionada e irracional.

Postuló que las penas deben ser proporcionales a la gravedad del hecho, lo que se corresponde con la mayor o menor culpabilidad como también con la afectación del mismo bien jurídico.

Propuso que debía fijarse un nuevo mínimo proporcionado a la gravedad del hecho, siendo que esta escala no puede crearse libremente, sino que debe atender a los parámetros que se derivan de la misma ley. Así, entendió que si el supuesto más grave –abuso sexual con acceso carnal- se incrementa en su mínimo y en su máximo cuando es cometido por el ascendiente –pasando la pena de seis a quince años a ser de ocho a veinte años-, debe respetarse tal proporción en el supuesto menos grave –abuso sexual gravemente ultrajante- al concurrir la misma circunstancia agravante para llegar a una pena proporcional o racional, así concluye que la pena para el caso debería ser de *cinco años y cuatro meses a trece años y cuatro meses* de reclusión o prisión.

3.b. Argumentos del Tribunal. Principios de Proporcionalidad y de Igualdad o Razonabilidad.

En el análisis sobre la afectación de los principios constitucionales denunciada por la defensa, el Tribunal estimó que *"en cuanto al principio de proporcionalidad, se ha señalado que los marcos penales reflejan la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico, determinando el valor proporcional de la norma dentro del sistema, señalando su importancia y rango y la posición del bien jurídico en relación con otro, al conformar el punto de partida fundamental para poder determinar la pena en forma racional"*⁸⁷. Por ello es que la justicia de una pena y por ende, su constitucionalidad, depende, ante todo, de su proporcionalidad con la infracción⁸⁸.

Señaló que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el mismo Tribunal Superior se han pronunciado sobre esta relación entre el hecho cometido y la pena aplicada, sosteniendo que debe existir proporcionalidad entre toda medida penal que implique una privación de derechos y la gravedad de la lesión producida al bien jurídico afectado por el hecho, manifestándose esta última a través de las escalas penales⁸⁹.

Consideró que en el caso concreto que nos ocupa, el legislador adoptó –resulta harto evidente dijo el Tribunal– como directriz en la gradación punitiva ir de menos a más en la ponderación de las diferentes magnitudes del injusto, es decir, partió de una menor afectación del bien jurídico y fue intensificando los marcos punitivos al avanzar hacia las mayores magnitudes de afectación.

Apreció que, no obstante ello, *"al fijar la escala penal cuando concurre la circunstancia agravante de la calidad parental del autor respecto de la víctima (...),*

⁸⁷ El fallo cita ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, segunda edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 37.

⁸⁸ El fallo cita ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, segunda edición, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 39-40.

⁸⁹ El fallo cita *"del voto de los Dres., Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni en "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -G. 560. XL, causa Nº 1573-" -TSJ, Sala Penal, "Simonetti", S. Nº 144, 2/11/06, "Pereyra", S. Nº 152, 3/11/06, "Acuña", S. Nº 176, 30/11/06, "Baigorria", S. Nº 177, 30/11/06, "Gutiérrez", S. Nº 184, 14/12/2006; "Romero", S. Nº 215, 29/12/06; "Unanue", S. Nº 37, 26/3/07; "Ibañez", S. Nº 72, 11/5/07; "Ortiz", S. Nº 178, 8/8/07; "Bustos", S. Nº 195, 17/8/07".*

la diferente tasación de la magnitud del injusto adoptada como directriz de progresividad punitiva por el propio legislador no ha sido seguida coherentemente." Agregó que incoherentemente se castigan igual el abuso sexual gravemente ultrajante y el abuso con acceso carnal, que anteriormente habían sido distinguidos con diferentes penas.

En dicha inteligencia valoró que como resultado de tal parificación, la pena establecida para el abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo es objetivamente desproporcionada con la afectación del bien jurídico protegido pues, según la directriz adoptada por el propio legislador, ella debía ser inferior a la conminada para el abuso sexual con acceso carnal, modalidad que reporta una mayor magnitud del injusto.

A continuación se avocó al estudio del principio de igualdad en lo que se relaciona con el caso expuesto, y expresó que se ve vulnerado en virtud de la parificación punitiva.

Explicó que este principio presenta dos niveles: uno, relacionado con la aplicación de los casos genéricos dispuestos en la ley a los casos individuales de modo igualitario; y el otro, referido a la selección de casos realizada por el legislador en forma igualitaria. Predicó que respecto de este segundo nivel, *"doctrina constitucional de fuste ha señalado que al determinarse en una norma jurídica positiva cuáles son los contenidos dogmáticos que integran el hecho antecedente (esto es, conducta o situación reglada) de la norma, pueden dejarse fuera de la extensión del concepto del hecho antecedente situaciones iguales a las normadas como tal hecho. Con lo que, pese a ser iguales, quedan regladas de otra manera por otras normas de la misma ley o por anteriores o posteriores leyes vigentes"*⁹⁰.

Expuso que *"...si los hechos son estimados como desiguales y lo son efectivamente, se dará una valoración positiva de razonabilidad de la selección. Si los hechos son iguales y pese a ellos se le imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad de la selección"*⁹¹.

⁹⁰ El fallo cita LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes. El "Debido Proceso" como Garantía Innominada en la Constitución Argentina*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Segunda edición, Buenos Aires, 1970, p. 116.

⁹¹ El fallo cita LINARES, *ibidem*, p. 117.

Manifestó que entonces resultará irrazonable la selección de hechos distintos a los que se les imputa una misma consecuencia. De este modo, la norma que establece una misma sanción para dos conductas que afectan un bien jurídico con distinta intensidad, vulnera no sólo el principio de proporcionalidad sino también el de igualdad, puesto que *"lo que no tolerarían las normas constitucionales, a la luz de este principio, es que (...) existan casos genéricos o soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligió"*⁹².

3.c. Solución del Caso.

El Alto Cuerpo concluyó que a los fines de conservar la coherencia interna del sistema punitivo, en el caso del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, el legislador debió mantener la diferenciación en la valoración del injusto de las modalidades abusivas y reprimirlas acorde a ella, es decir, con escalas distintas. Al no hacerlo vulneró el principio de igualdad o razonabilidad *"ya que extendió la imputación de una misma sanción a hechos antecedentes por él mismo considerados previamente desiguales"*.

Por tanto, y habiendo quedado demostrado en el estudio previo que la pena contemplada por la figura analizada resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, en la oportunidad se declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la escala penal dispuesta para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (art. 119, cuarto párrafo en función del segundo inc. b del Código Penal) correspondiendo elaborar un nuevo marco punitivo a los efectos de imponerle al mismo una nueva sanción, siguiendo las pautas de nuestro sistema jurídico (las cuales han sido ya delineadas).

A esos fines, se consideraron las mismas proporciones estimadas por el legislador en el cuarto párrafo (de ocho a veinte años de prisión o reclusión) para los supuestos previstos en el tercer párrafo (abuso con acceso carnal, de seis a quince años de prisión o reclusión). El Tribunal observó que el incremento fijado ha sido de un tercio en su mínimo y en su máximo, correspondiendo trasladar dicha simetría a

⁹² El fallo cita ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las Normas y Derecho Penal*, editorial Del Puerto, 2006, p. 304.

la escala penal del segundo párrafo (sometimiento sexual gravemente ultrajante) cuando concurren las circunstancias del cuarto párrafo, quedando configurada así una escala punitiva con un mínimo de cinco años y cuatro meses y un máximo de trece años y cuatro meses de reclusión o prisión.

3. Palabras Finales.

Las contradicciones y desproporcionalidades de la ley penal, que en el caso tienen su origen en el momento en que el legislador fijó las penas para los distintos supuestos previstos por el art. 119 del Código Penal, deben ser corregidas por los jueces quienes de ninguna manera pueden aplicar leyes que violenten principios constitucionales. Frente a tal yerro la judicatura cuenta con una vía para corregir la incompatibilidad: el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma, el que sólo podrá realizarse en el caso particular concreto.

Este singular control no significa una invasión en las facultades propias del Poder Legislativo, manteniéndose incólume la división de poderes ya que configura parte de la función del Poder Judicial invalidar normas que, si bien emanan de otros poderes, son contrarias a la Constitución. De esta forma, se establece un límite al poder punitivo del Estado -garantía propia de un Estado de Derecho- resguardando los derechos y libertades personales.

No obstante ello, la Corte Suprema de la Nación tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes dictadas acorde el sistema previsto por la Constitución gozan de una presunción de legitimidad, lo que obliga a que tal declaración tenga lugar sólo cuando la repugnancia de la norma sea manifiesta, clara e indudable. De lo contrario se violentaría el principio de división de poderes.

En orden a la resolución de la cuestión llevada por los recurrentes al Alto Cuerpo, éste al momento de referirse al control de constitucionalidad de las penas dijo que la atribución del Congreso de la Nación de determinar las penas se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad -que emerge del estado democrático de derecho, art. 1 de la Constitución Nacional- el cual se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines⁹³,

⁹³ El fallo cita a TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. Nº 56, 8/7/2002.

cuanto por el principio de igualdad –art. 16 de la Constitución Nacional- que veda la desigualdad de trato sin fundamento razonable⁹⁴.

Y siguió con las siguientes palabras: *"Si la forma en que ha ejercido el legislador infraconstitucional la potestad de fijar las penas implica un desconocimiento de esos límites constitucionales, porque la conminada para un determinado delito resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, se torna aplicable, la regla de la clara equivocación (...) conforme a la cual 'sólo puede anularse una ley cuando aquellos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional', en cuyo caso 'la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable'"*⁹⁵.

Por lo desarrollado hasta aquí, podemos decir que a criterio del Tribunal Superior resultó indudable que la escala penal adoptada por el legislador y que se encuentra en estudio en el presente, se torna desproporcionada en relación al bien jurídico afectado e irrazonable según la propia directriz elegida para la gradación punitiva, haciendo injusta su aplicación. Ello adquiere especial relevancia dado que el derecho penal limita los derechos fundamentales de las personas, quienes no deben padecer más limitación a sus derechos que la estrictamente necesaria. Por ello, el legislador debe tener en cuenta a la hora de establecer una pena, que la misma no sea excesiva en relación a la afectación del bien jurídico protegido, así, se ha sostenido que la proporcionalidad *"caracteriza la relación entre el medio y el fin; (...) se orienta normativamente al ideal de justicia"*⁹⁶. Pero, de no ocurrir así el Poder Judicial siempre podrá echar mano del control de constitucionalidad de las normas.

⁹⁴ El fallo cita T.S.J., en pleno, "Toledo", S. Nº 148, 20/7/2008.

⁹⁵ El fallo cita Thayer, J.B., *"The origin and scope of the american doctrine of constitutional law"*, Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrada, Javier, *"El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional"*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss. - TSJ, Sala Penal, "Zabala", S. Nº 56, 8/7/2002.

⁹⁶ GUNTHER, citado por BACIGALUPO, Enrique en *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1999, p. 253.

BIBLIOGRAFÍA

- AROCENA, Gustavo A., "Acerca de la Nueva Regulación de los 'Delitos Sexuales' (Ley Nacional 25087)", *Semanario Jurídico Fallos y Doctrina* N° 1256, del 2/9/1999, año XXIII, Córdoba.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1999.
- BAIGÚN David y ZAFFARONI, Eugenio (Directores), *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo 4. Parte Especial*, editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2008.
- BALCARCE, Fabián I. (Director) y otros, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo I, editorial *Advocatus*, Córdoba, 2009.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, *Curso de Derecho Penal Parte General*, segunda edición, ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- BREGLIA ARIAS, Omar, *Código Penal Comentado*, segunda edición actualizada y ampliada, editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.
- BUTELER, José Antonio, "Inconstitucionalidad: Agravante del párrafo cuarto en función del segundo, Art. 119 – Código Penal", *Actualidad Jurídica de Córdoba Derecho Penal*, Vol. 59, año III, 2006.
- BUTELER, José Antonio, "Proporcionalidad en las Penas", *Actualidad Jurídica de Córdoba Derecho Penal*, Vol. 58, año III, 2006.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Integridad Sexual*, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, *Las Penas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.
- GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la Integridad Sexual. Análisis de la Ley 25087. Antecedentes Parlamentarios*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999.
- HAIRABEDIAN, Maximiliano (compilador), *Jurisprudencia Penal Comparada Comentada*, editorial Mediterránea, Córdoba, 2004.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*, segunda edición actualizada, editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, cuarta edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2009.

REINALDI, Víctor F., *Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087*, segunda edición actualizada, Marcos Lerner editora, Córdoba, 2005.

"El Delito de Violación. Aspectos Controvertidos", Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 3, año 2000, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Marcos Lerner Editora, Córdoba.

"20 Reflexiones al título que agrupa los Delitos Sexuales en el Anteproyecto de Reformas al Código Penal elaborado y presentado al Ministerio de Justicia y DH de la Nación por la Comisión Elaboradora, designada por éste", Actualidad Jurídica de Córdoba, Vol. 37, año III, Mayo 2007.

ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia*, cuarta edición ampliada y actualizada, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

SAGGESE, Roberto M. A., *El Control de Razonabilidad en el Sistema Constitucional Argentino*, Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición, Santa Fe, 2010.

VÁZQUEZ, Roberto, *La Racionalidad de la Pena*, editorial Alción, Buenos Aires, 1995.

VILLADA, Jorge Luis, *Delitos Sexuales*, primera edición, editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

YACOBUCCI, Guillermo J., *El Sentido de los Principios Penales*, editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002.

ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, segunda edición, editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

Cita de este artículo:

NADER, A. (2011) "Delitos contra la integridad sexual".
Revista IN IURE [en línea] 1 de Noviembre de 2011, Año 1,
Vol. 2. pp.177-193 Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>